

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Fachpresse: ja

Vorlagen, Anträge und Beschwerden nach der WBO in
truppendienstl. Angelegenheiten

Rechtsquelle/n:

GG Art. 33 Abs. 2

SG § 3 Abs. 1

VwGO § 123

Stichworte:

Auswahlentscheidung; Konkurrentenstreitigkeit; Einstweilige Anordnung;
Anordnungsgrund.

Leitsatz:

Der unterlegene Bewerber um einen höherwertigen militärischen Dienstposten, der nach dem Leistungsgrundsatz gemäß Art. 33 Abs. 2 GG besetzt werden soll, hat gegen die zu seinen Lasten getroffene Auswahlentscheidung auch dann einen Anordnungsgrund für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes, wenn dem ausgewählten und auf den Dienstposten bereits versetzten Bewerber nach Einlegung der Beschwerde die Wahrnehmung des "höherwertigen" Teils der Aufgaben des Dienstpostens vorläufig entzogen wird.

Beschluss des 1. Wehrdienstsenats vom 8. Februar 2016 - BVerwG 1 WDS-VR
10.15



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 WDS-VR 10.15

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Herrn Oberstleutnant Dipl.-Ing. (FH) ...,

...,

...,

- Bevollmächtigte:

...,

... -

Beigeladener:

Herr Oberstleutnant ...,

...

...,

- Bevollmächtigter:

...,

... -

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

die Vorsitzende Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. von Heimburg,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frenz und
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Langer

am 8. Februar 2016 beschlossen:

Das Bundesministerium der Verteidigung wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, bis zu einer Entscheidung über die Beschwerde des Antragstellers vom 23. Februar 2015 und über einen eventuellen Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen die Auswahlentscheidung des ...leiters ... im Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr vom 17. Februar 2015 die Versetzung des Beigeladenen auf den nach Besoldungsgruppe A 15 bewerteten Dienstposten ... (Objekt-ID: ...) beim Bundesamt für ..., Referat ..., vorläufig rückgängig zu machen.

Dem Bundesministerium der Verteidigung wird im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, den Beigeladenen mit der kommissarischen Wahrnehmung der Aufgaben dieses Dienstpostens zu betrauen.

Die dem Antragsteller im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht einschließlich der im vorgerichtlichen Verfahren erwachsenen notwendigen Aufwendungen werden dem Bund auferlegt. Der Beigeladene trägt seine außergerichtlichen Kosten selbst.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes betrifft einen Konkurrenzstreit um die Besetzung des nach Besoldungsgruppe A 15 bewerteten Dienstpostens ... beim Bundesamt für ..., Referat ..., in ...
- 2 Der 19.. geborene Antragsteller ist Berufssoldat, dessen Dienstzeit voraussichtlich mit Ablauf des 31. August 20.. enden wird. Er wurde mit Wirkung vom 15. Oktober 20.. zum Oberstleutnant ernannt und mit Wirkung vom 1. August 2007 in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 14 eingewiesen. Seit dem 2. Januar 20.. wird er als ...offizier beim Bundesamt ... in ... verwendet. Er ist im Referat ... eingesetzt.
- 3 Der ...leiter ... im Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr (im Folgenden: Bundesamt für das Personalmanagement) entschied am 17. Februar 2015, den nach Besoldungsgruppe A 15 bewerteten Dienstposten

... (Objekt-ID: 3089 0751) beim Bundesamt ..., Referat ..., zum 1. Juli 2015 mit dem Beigeladenen zu besetzen. Der Entscheidung lag eine Vorlage des Bundesamtes für das Personalmanagement - Ref ..., Pst: ... - vom 19. Januar 2015 zugrunde, die einen Kandidatenvergleich zwischen dem Beigeladenen, dem Antragsteller und einem weiteren betrachteten Offizier im Dienstgrad Oberstleutnant, ferner Übersichten über die Werdegänge der betrachteten Bewerber und schließlich eine Besetzungsempfehlung zugunsten des Beigeladenen enthält. Der Referatsleiter ... hatte der Besetzungsempfehlung am 28. Januar 2015 zugestimmt.

- 4 Mit Bescheid vom 3. Februar 2015 teilte das Bundesamt für das Personalmanagement dem Antragsteller mit, dass er in dem Zulassungsverfahren für den in Rede stehenden Dienstposten mitbetrachtet worden sei; man habe jedoch einem anderen Offizier den Vorzug geben müssen. Bei vergleichbarem Leistungsbild sei dieser Offizier nach Freistellung wieder auf einem Dienstposten zu etatisieren.
- 5 Gegen diesen ihm am 18. Februar 2015 bekanntgegebenen Bescheid legte der Antragsteller mit Schreiben vom 23. Februar 2015 Beschwerde ein. Mit den Begründungsschriftsätzen vom 13. März 2015 und vom 8. Juli 2015 machte er im Wesentlichen geltend, dass die für die Auswahlentscheidung ausschlaggebende Erwägung in dem personalwirtschaftlichen Interesse bestanden habe, den Beigeladenen zu etatisieren. Dieser Aspekt stehe nicht mit den verfassungsrechtlich vorgegebenen Auswahlkriterien des Art. 33 Abs. 2 GG im Einklang. Für die Auswahlentscheidung liege die Organisationsgrundentscheidung vor, für den strittigen Dienstposten ausschließlich Förderungsbewerber zu betrachten. Vor diesem Hintergrund habe man die Auswahlentscheidung am Maßstab des Art. 33 Abs. 2 GG orientieren müssen. Personalwirtschaftliche Erwägungen wie die Notwendigkeit, einen Offizier aus einer z.b.V.-Verwendung wieder auf einem Dienstposten der Stärke- und Ausrüstungsnachweisung zu etatisieren, seien lediglich bei Querversetzungen zulässig. Darum gehe es im vorliegenden Fall indessen nicht. Ausweislich der Vorlage vom 19. Januar 2015 sei zwischen ihm und dem Beigeladenen kein Eignungs- und Leistungsvergleich vorgenommen worden. Darüber hinaus weise er darauf hin, dass seine Vorverwendungen

und seine persönliche Rüstungsexpertise in der Vorlage falsch bzw. unvollständig dargestellt worden seien. Unzutreffend sei auch die Aussage in der Vorlage, dass der Beigeladene bei der ... den Gegenpart zum Referat ... im Projekt ... wahrgenommen habe.

- 6 Das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - hat der Bevollmächtigten des Antragstellers mit E-Mail-Schreiben vom 2. November 2015 mitgeteilt, dass bei Konkurrentenverfahren die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung maßgeblich sei. Daher habe man die planmäßigen Beurteilungen des Antragstellers und des Beigeladenen zum Termin 30. September 2015 angefordert. Diese lägen zurzeit nicht vor.
- 7 Das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - hat bisher nicht über die Beschwerde des Antragstellers entschieden.
- 8 Mit Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 26. November 2015 hat der Antragsteller die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes beantragt. Zur Begründung hat er sein Beschwerdevorbringen wiederholt und vertieft.
- 9 Der Antragsteller beantragt,

das Bundesministerium der Verteidigung im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, bis zu einer Entscheidung des Senats über die Beschwerde vom 23. Februar 2015 gegen die Verwendungs- und Versetzungsentscheidung hinsichtlich des Dienstpostens Objekt-ID ... bei ... durch das Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr vom 3. Februar 2015 diese vorläufig rückgängig zu machen, und dem Dienstherrn zu untersagen, den Beigeladenen mit der kommissarischen Aufgabenwahrnehmung zu betrauen.

- 10 Das Bundesministerium der Verteidigung beantragt,
den Antrag zurückzuweisen.
- 11 Es trägt vor, dass der Beigeladene am 10. Dezember 2015 vorläufig von Tätigkeiten, die die A 15-Wertigkeit des in Rede stehenden Dienstpostens begründeten, entbunden worden sei. Der Beigeladene werde zwar weiterhin im Referat ... verwendet, dort jedoch vorläufig nur noch mit A 14-wertigen Teil-Tätigkeiten des Dienstpostens betraut. Die Neuregelung der Aufgabenverteilung ergebe sich aus einem E-Mail-Schreiben des Leiters des Referates ... (Oberstleutnant G.) vom 14. Dezember 2015. Der Antragsteller habe für seinen Eilrechtsschutzantrag keinen Anordnungsgrund. Durch die Beschränkung der Tätigkeit des Beigeladenen auf A 14-wertige Tätigkeiten des Dienstpostens sei ausgeschlossen, dass dieser dort einen in einem Folgeverfahren zu berücksichtigenden Erfahrungsvorsprung erlangen könne. Insoweit dürfe der Dienstherr frei wählen, ob er eine derartige vorläufige Maßnahme verwirkliche oder den Beigeladenen vom Dienstposten wegversetze. In der Sache sei es zulässig, für einen Beschwerdebescheid neu erstellte Beurteilungen der Bewerber heranzuziehen. Dabei handele es sich nicht um einen verbotenen Austausch einer früheren Begründung der Auswahlentscheidung.
- 12 Diesem Vorbringen ist der Antragsteller mit Schriftsätzen seiner Bevollmächtigten vom 18. Dezember 2015 und vom 22. Januar 2016 entgegengetreten. Er macht geltend, dass sich der Rechtsstreit bisher nicht erledigt habe, weil die Auswahl- und Verwendungsentscheidung nicht rückgängig gemacht worden sei. Überdies werde der Beigeladene weiterhin offiziell als Dienstposteninhaber geführt. Dies sei aus dem Organigramm des Teams ... (Stand: Januar 2016) zu ersehen. Er bezweifle, dass der Beigeladene tatsächlich nur die reduzierten A 14-wertigen Tätigkeiten des Dienstpostens wahrnehme. Die Organigramme und die Zuordnung der Funktion "Teamleitung" zu dessen Person ließen den gegenteiligen Schluss zu. Zudem scheine eine strikte Trennung der A 14- und der A 15-wertigen Tätigkeiten auf dem Dienstposten praktisch nicht durchführbar zu sein. Das Vorgehen des Bundesministeriums der Verteidigung dokumen-

tiere, dass der Dienstherr selbst seine Auswahlentscheidung für rechtswidrig halte.

- 13 Der Beigeladene hat den Dienst auf dem in Rede stehenden Dienstposten am 1. Juli 2015 angetreten. Er hat vorgetragen, er nehme aktuell nur die Aufgaben eines Referenten der Ebene A 14 wahr; eine Leitungsfunktion übe er nicht aus. Alle A 15 bewerteten Aufgaben würden seit Dezember 2015 entweder durch den Referatsleiter Oberstleutnant G. oder durch dessen Vertreter wahrgenommen. Mit diesen vom Dienstherrn angeordneten Einschränkungen sei nicht zu besorgen, dass ihm ein Qualifikationsvorsprung aufgrund der Wahrnehmung eines höherwertigen Dienstpostens zugeschrieben werde.
- 14 Der Beigeladene bezweifelt das Vorliegen eines Anordnungsgrundes, hat aber keinen Antrag gestellt.
- 15 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakte des Bundesministeriums der Verteidigung - R II 2 - 1413/15 und die Gerichtsakte des Verfahrens BVerwG 1 WDS-VR 4.15 haben dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

- 16 Der Antrag hat Erfolg.
- 17 Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist im Wehrbeschwerdeverfahren gemäß § 23a Abs. 2 WBO in Verbindung mit § 123 VwGO grundsätzlich statthaft und schon vor Stellung eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung zulässig. Sachlich zuständig ist das Bundesverwaltungsgericht als Gericht der Hauptsache (§ 123 Abs. 2 Satz 1 VwGO, § 21 Abs. 1 Satz 1 WBO).
- 18 1. Für die begehrte einstweilige Anordnung ist ein Anordnungsgrund gegeben (§ 123 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2 ZPO).

- 19 Zwar verfestigt sich eine einmal getroffene militärische Verwendungsentscheidung - auch nach einer der Bewertung des Dienstpostens entsprechenden Beförderung oder Planstelleneinweisung - nicht dahin, dass der durch sie begünstigte Soldat eine rechtlich gesicherte Position erwirbt, auf dem ihm zugewiesenen Dienstposten verbleiben zu können; der Beigeladene müsste es vielmehr hinnehmen, von dem Dienstposten wegversetzt zu werden, wenn der Antragsteller bei der Stellenbesetzung ihm gegenüber rechtswidrig übergegangen worden wäre (vgl. z.B. BVerwG, Beschluss vom 25. April 2007 - 1 WB 31.06 - BVerwGE 128, 329 Rn. 39 m.w.N.). Nach der Rechtsprechung des Senats und des für das Beamtenrecht zuständigen 2. Revisionsenats des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. - auch zum Folgenden - BVerwG, Beschlüsse vom 29. April 2010 - 1 WDS-VR 2.10 - Buchholz 310 § 123 VwGO Nr. 28 Rn. 20 f. und vom 19. Dezember 2011 - 1 WDS-VR 5.11 - BVerwGE 141, 271 Rn. 29 f. sowie Beschluss vom 27. September 2011 - 2 VR 3.11 - Buchholz 232.1 § 48 BLV Nr. 1 Rn. 17) kann sich in Konkurrentenstreitigkeiten um die Besetzung eines Dienstpostens ein Anordnungsgrund jedoch daraus ergeben, dass ein rechtswidrig ausgewählter Bewerber auf dem Dienstposten einen Erfahrungsvorsprung erlangt, der im Fall des Obsiegens des Antragstellers in der Hauptsache bei einer erneuten Auswahlentscheidung zu berücksichtigen wäre; dabei geht es um den materiellen Erfahrungsvorsprung, der sich - unabhängig von bestimmten Beurteilungszeiträumen oder Beurteilungsstichtagen - in dem Leistungsbild des ausgewählten Bewerbers niederschlägt und den der rechtswidrig übergangene Bewerber nicht mehr ausgleichen kann. Ein insoweit beurteilungsrelevanter Erfahrungsvorsprung und damit ein Anordnungsgrund ist dann anzunehmen, wenn zwischen dem Dienstantritt des ausgewählten Bewerbers auf dem strittigen Dienstposten und der gerichtlichen Entscheidung in der Hauptsache ein Zeitraum von mehr als sechs Monaten liegt (stRspr, vgl. z.B. BVerwG, Beschluss vom 3. Februar 2015 - 1 WDS-VR 2.14 - Buchholz 449 § 3 SG Nr. 77 Rn. 23).
- 20 Der Beigeladene wird - im Anschluss an die hier gegenständliche Auswahlentscheidung des ...leiters ... im Bundesamt für das Personalmanagement vom 17. Februar 2015 - seit dem 1. Juli 2015 ununterbrochen, also seit mehr als sechs Monaten auf dem strittigen Dienstposten verwendet. Der Umstand, dass

ihm ab dem 10. Dezember 2015 der "A 15-wertige" Teil der Aufgaben dieses Dienstpostens entzogen worden sein soll, ist nicht geeignet, das Anwachsen eines weiteren beurteilungsrelevanten Erfahrungsvorsprungs zulasten des Antragstellers zu verhindern. Der Anordnungsgrund für die begehrte einstweilige Anordnung wird dadurch nicht eingeschränkt.

- 21 Nach übereinstimmender Darstellung der Verfahrensbeteiligten besteht die Rechtsgrundlage für die Verwendung des Beigeladenen auf dem in Rede stehenden Dienstposten uneingeschränkt fort. Weder die Auswahlentscheidung vom 17. Februar 2015 noch die Versetzung des Beigeladenen auf den Dienstposten sind aufgehoben worden. Der Beigeladene agiert im Referat ... ausweislich der vorgelegten Organigramme vom Januar 2016 ausdrücklich als "Teamleiter" und als Repräsentant des strittigen Dienstpostens.
- 22 Der Senat lässt dahinstehen, ob das Bundesministerium der Verteidigung plausibel hat darlegen können, dass inhaltlich hinreichend bestimmt der "A 15-wertige" Teil der Aufgaben des Dienstpostens eindeutig abgegrenzt werden kann und vom Beigeladenen tatsächlich nicht wahrgenommen wird. Dies hat der Antragsteller im Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 22. Januar 2016 ausdrücklich bestritten.
- 23 Denn das vom Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - im Schriftsatz vom 12. Januar 2016 entwickelte Modell eines Wahlrechts des Dienstherrn, auf welche Weise er einen Zuwachs des Erfahrungsvorsprungs des ausgewählten Bewerbers auf dem Dienstposten verhindert, unterläuft in der hier vorliegenden Variante (des behaupteten Entzuges des "höherwertigen" Anteils der Aufgaben) die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Anordnungsgrund in Konkurrentenstreitigkeiten. Es ist rechtlich zu beanstanden.
- 24 Maßgeblich für die Annahme eines Anordnungsgrundes im Eilrechtsschutz bei beamten- und soldatenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren ist, dass für den übergangenen Bewerber der effektive Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren nicht dadurch geschmälert oder konterkariert werden darf, dass der ausgewählte und auf den Dienstposten versetzte Bewerber dort einen *beurteilungsrele-*

vanten Erfahrungsvorsprung erlangt, der sich im Fall des Obsiegens des Antragstellers in der Hauptsache bei einer neuen Auswahlentscheidung auswirken würde (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 29. April 2010 - 1 WDS-VR 2.10 - Buchholz 310 § 123 VwGO Nr. 28 Rn. 20 f. und vom 27. September 2011 - 2 VR 3.11 - Buchholz 232.1 § 48 BLV Nr. 1 Rn. 17). Die Beurteilungsrelevanz in diesem Sinne bezieht sich nicht nur auf den Teil der Aufgabenwahrnehmung, der die (Höher-)Wertigkeit eines Dienstpostens ausmacht (z.B. eine mit dem Dienstposten verbundene Leitungsfunktion). Vielmehr sind in Abschnitt 3 einer planmäßigen Beurteilung *alle* erbrachten Leistungen auf dem Dienstposten *umfassend* zu bewerten (Nr. 608, 609 ZDv 20/6 und ebenso ZDv A-1340/50). Die in Abschnitt 3.1 der Beurteilung zu bewertenden zehn Einzelmerkmale weisen überwiegend (abgesehen vom "Führungsverhalten") keine inhaltliche Anknüpfung an die (Höher-)Wertigkeit des vom Beurteilten innegehabten Dienstpostens auf. Unabhängig von der Spezifik oder Dotierung des im Beurteilungszeitraum wahrgenommenen Dienstpostens ist in Abschnitt 4 der Beurteilung mit fünf differenzierten Persönlichkeitsmerkmalen ein individuelles Persönlichkeitsbild des Beurteilten zu zeichnen (Nr. 612 ZDv 20/6 und ebenso ZDv A-1340/50). Die Ausprägungsgrade dieses Profils sind personenbezogen zu ermitteln und festzustellen; sie stehen nicht im inhaltlichen Kontext zur (Höher-)Wertigkeit oder Besoldungsstufe des Dienstpostens. Schließlich ist in Abschnitt 5 der Beurteilung bei den Verwendungsmöglichkeiten und Verwendungsempfehlungen und in den Abschnitten 8.4 und 8.5 bei den Aussagen zum Potenzial und zur Entwicklungsprognose ein weitaus breiteres Panorama der Gesamtpersönlichkeit des Beurteilten in den Blick zu nehmen als nur seine Leistungen auf dem konkret innegehabten Dienstposten. Das ergibt sich aus Nr. 102 Buchst. c und Nr. 614 Buchst. b ZDv 20/6 und ebenso ZDv A-1340/50. Diese ermessensbindend vom Bundesministerium der Verteidigung festgelegten Regelungen zu den Beurteilungen der Soldatinnen und Soldaten lassen es nicht zu, den Begriff der Beurteilungsrelevanz lediglich auf die "Wertigkeit" der Aufgaben bzw. auf die Besoldungsstufe eines Dienstpostens zu reduzieren. Unabhängig von der "Wertigkeit" der Aufgaben des Dienstpostens kann sich der ausgewählte und auf diesen Dienstposten versetzte Bewerber bei seinem Verbleib auf dem Dienstposten im weitesten Sinne "beurteilungsrelevant" be-

währen und ggf. auszeichnen. Damit erlangt er einen Erfahrungs- und ggf. Leistungsvorsprung, den der übergangene Bewerber nicht aufholen kann.

- 25 Daraus folgt, dass das vom Bundesministerium der Verteidigung geltend gemachte "Aufgabensplitting" auf dem strittigen Dienstposten den Anordnungsgrund und das Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers nicht beseitigt.
- 26 2. Dem Antragsteller steht auch ein Anordnungsanspruch zur Seite (§ 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2 ZPO).
- 27 Bei summarischer Prüfung bestehen durchgreifende Zweifel an der Rechtmäßigkeit der zugunsten des Beigeladenen getroffenen Auswahlentscheidung des ...leiters ... im Bundesamt für das Personalmanagement zur Besetzung des strittigen Dienstpostens. Die Auswahlentscheidung ist rechtswidrig, weil die für sie ausschlaggebende Auswählerwägung, dass der Beigeladene im personalwirtschaftlichen und organisatorischen Interesse zum Ende seiner Freistellung etatisiert werden müsse und ihm deshalb der Vorrang einzuräumen sei, den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG und § 3 Abs. 1 SG zuwiderläuft.
- 28 a) Nach der Rechtsprechung zu beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitigkeiten um Beförderungämter folgt aus Art. 33 Abs. 2 GG ein Bewerbungsverfahrensanspruch, der Bewerbern um ein öffentliches Amt ein grundrechtsgleiches Recht auf leistungsgerechte Einbeziehung - nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung - in die Bewerberauswahl gibt; die Bewerbung darf nur aus Gründen abgelehnt werden, die durch Art. 33 Abs. 2 GG gedeckt sind (vgl. BVerwG, Urteil vom 17. August 2005 - 2 C 37.04 - BVerwGE 124, 99 <102>). § 3 Abs. 1 SG übernimmt die Grundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG in das Dienstverhältnis der Soldaten und erstreckt sie über Ernennungen hinaus auf Verwendungsentscheidungen. Der Senat hat deshalb einen dem Beamtenrecht entsprechenden Bewerbungsverfahrensanspruch auch für soldatenrechtliche Konkurrenzverhältnisse anerkannt (vgl. z.B. BVerwG, Beschluss vom 29. Januar 2013 - 1 WB 60.11 - Buchholz 449 § 3 SG Nr. 65 Rn. 40 m.w.N.). Allerdings beschränkt sich die Geltung des Grundsatzes der Bestenauslese im Bereich der Verwendungsentscheidungen auf Entscheidungen über - wie

hier - höherwertige, die Beförderung in einen höheren Dienstgrad oder die Einweisung in die Planstelle einer höheren Besoldungsgruppe vorprägende Verwendungen (vgl. klarstellend BVerwG, Beschluss vom 30. Januar 2014 - 1 WB 1.13 - Buchholz 449.2 § 6 SLV 2002 Nr. 6 Rn. 32).

- 29 Aus Art. 33 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG folgt ferner die Verpflichtung des Dienstherrn, die seiner Entscheidung zugrunde liegenden wesentlichen Auswählerwägungen schriftlich niederzulegen, um eine sachgerechte Kontrolle durch den unterlegenen Bewerber und ggf. durch das Gericht zu ermöglichen (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - BVerfGK 11, 398 <402 f.>). Dem folgend hat der Senat eine entsprechende Verpflichtung zur Dokumentation der wesentlichen Auswählerwägungen auch für Entscheidungen angenommen, die ein Konkurrenzverhältnis um eine höherwertige militärische Verwendung betreffen (vgl. z.B. BVerwG, Beschlüsse vom 25. April 2007 - 1 WB 31.06 - BVerwGE 128, 329 <335 f.> und vom 16. Dezember 2008 - 1 WB 19.08 - BVerwGE 133, 13 Rn. 36). Zur Dokumentation verpflichtet ist dabei primär die Stelle, die für die zu treffende Auswahlentscheidung zuständig ist (vgl. BVerwG, Beschluss vom 23. Februar 2010 - 1 WB 36.09 - Rn. 27 <insoweit nicht abgedruckt in BVerwGE 136, 119>).
- 30 b) Die Dokumentationspflicht ist in den Vorlageunterlagen des Bundesamtes für das Personalmanagement vom 19. Januar 2015 erfüllt.
- 31 Der für die Auswahlentscheidung zuständige und damit primär dokumentationspflichtige ...leiter ... im Bundesamt für das Personalmanagement hat unter dem 17. Februar 2015 die Entscheidungsvorlage des Referates ... vom 19. Januar 2015 zur Besetzung des in Rede stehenden Dienstpostens abgezeichnet. Er hat sich damit deren Inhalt, insbesondere die in die Auswahlempfehlung mündende Kandidatenvorstellung, zu Eigen gemacht und diejenigen Erwägungen fixiert, die der gerichtlichen Kontrolle zugrunde zu legen sind.
- 32 In der Auswahlempfehlung wird sowohl für den Beigeladenen als auch für den Antragsteller festgestellt, dass sie jeweils über die gleiche Eignung und Befähigung für den zu besetzenden Dienstposten verfügten. Im Leistungsvergleich

verfügten beide über ein ansprechendes Beurteilungsbild, wobei der Beigeladene aufgrund seiner Freistellung zur ... im Jahr 2013 keine Beurteilung erhalten habe. In der Vorlage wird ausdrücklich betont, dass die am 29. Oktober 2013 gebilligte Referenzgruppe einen konkreten Vergleich im Leistungswert nicht zulasse. Als entscheidungstragende Auswählerwägung wird in der Vorlage ausgeführt, dass aus personalwirtschaftlichem und organisatorischem Interesse (der Etatisierung des Beigeladenen zum Ende seiner Freistellung) dem Beigeladenen der Vorrang einzuräumen sei.

- 33 c) Die Auswahlentscheidung des ...leiters ... ist rechtswidrig, weil diese für die Entscheidung ausschlaggebende Erwägung mit den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG und des § 3 Abs. 1 SG nicht im Einklang steht.
- 34 Dem Auswahlbogen ist die dezidierte Organisationsgrundentscheidung vorangestellt, die Betrachtung ausschließlich auf Soldatinnen und Soldaten zu erstrecken, für die der Dienstposten eine höherwertige Besoldungsgruppe darstelle ("Förderung"). Dementsprechend war zwischen dem Antragsteller und dem Beigeladenen, der bisher nicht in die Besoldungsgruppe A 15 eingewiesen worden ist, ein Eignungs- und Leistungsvergleich am Maßstab des Art. 33 Abs. 2 GG vorzunehmen, wenn, wovon die Vorlage ausgeht, beide Bewerber grundsätzlich dem Anforderungsprofil für den strittigen Dienstposten entsprechen. Abgesehen davon, dass schon nicht ersichtlich ist, woraus bei beiden Bewerbern ein "ansprechendes Beurteilungsbild" hergeleitet wird, ist ein konkreter Eignungs- und Leistungsvergleich in der Vorlage jedenfalls nicht durchgeführt worden und hat für die angefochtene Auswahlentscheidung keine Rolle gespielt. Vielmehr ist allein der Gesichtspunkt der notwendigen Etatisierung des Beigeladenen zum Ende seiner Freistellung ausschlaggebend gewesen.
- 35 Dieser Grund für die getroffene Auswahlentscheidung ist kein statthaftes Kriterium der Bestenauslese im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG. Er weist keine materielle Anknüpfung an die Begriffe der Eignung, Leistung und Befähigung auf. Vielmehr handelt es sich bei diesem Auswahlgrund ausschließlich um eine personalwirtschaftliche und organisatorische Erwägung, die nur bei Querversetzungen zwischen Dienstposten, die der gleichen Besoldungshöhe angehören,

zulässig sein kann; insoweit entspricht es ständiger Rechtsprechung des Senats, dass die Notwendigkeit, einen bisher auf einem "dienstpostenähnlichen Konstrukt" verwendeten Soldaten auf einem Dienstposten der Stärke- und Ausrüstungsnachweisung zu etatisieren, ein dienstliches Bedürfnis für eine (Quer-) Versetzung rechtfertigen kann (vgl. z.B. BVerwG, Beschlüsse vom 22. September 2005 - 1 WB 21.05 - Rn. 30, vom 24. Januar 2012 - 1 WB 31.11 - juris Rn. 20 und vom 2. Februar 2015 - 1 WDS-VR 3.14 - Rn. 27).

- 36 Schon aus den vorstehenden Gründen müsste die Auswahlentscheidung vom 17. Februar 2015 in einem Hauptsacheverfahren aufgehoben werden.
- 37 3. Dem Rechtsschutzantrag des Antragstellers war deshalb in vollem Umfang stattzugeben. Der zweite Absatz des Entscheidungstenors beruht auf Gründen, die der Senat bereits im Beschluss vom 3. Februar 2015 - 1 WDS-VR 2.14 - Buchholz 449 § 3 SG Nr. 77 Rn. 45 ausgeführt hat und auf die er Bezug nimmt.
- 38 Der Senat hat darüber hinaus die Anordnung der einstweiligen Verfügung auf den Zeitpunkt erstreckt, bis über einen eventuellen (Untätigkeits-)Antrag des Antragstellers auf gerichtliche Entscheidung entschieden sein wird. Dazu ist auf Folgendes hinzuweisen:
- 39 Die behauptete Entbindung des Beigeladenen von den "A 15-wertigen" Tätigkeiten des in Rede stehenden Dienstpostens beruht erkennbar darauf, dass auch das Bundesministerium der Verteidigung die getroffene Auswahlentscheidung mit der als ausschlaggebend dokumentierten Auswählerwägung für rechtlich nicht tragfähig hält. Offensichtlich ist geplant, in einem Beschwerdebescheid die Auswählerwägungen für die Auswahlentscheidung inhaltlich auf eine neue Grundlage zu stellen. Das lässt sich der E-Mail-Information des Bundesministeriums der Verteidigung - R II 2 - vom 2. November 2015 an die Bevollmächtigte des Antragstellers entnehmen, dass die planmäßigen Beurteilungen der beiden Bewerber zum Vorlagetermin 30. September 2015 für den Beschwerdebescheid ausgewertet werden sollen. Diese in Aussicht genommene Handhabung hat das Bundesministerium der Verteidigung - R II 2 - in seinem Schriftsatz vom 29. Januar 2016 bestätigt.

40 Zwar hat der Senat wiederholt ausgesprochen, dass das Bundesministerium der Verteidigung im Rahmen der in § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 WBO verankerten umfassenden Kontroll- und Abänderungskompetenz berechtigt ist, bei Auswahlentscheidungen, die nicht einem besonderen Gremium oder einem Prüfungsausschuss oder einer unabhängigen Auswahlkommission übertragen sind, im Rahmen einer eigenen Sachentscheidung über die Beschwerde des übergangenen Bewerbers zu entscheiden (vgl. z.B. BVerwG, Beschluss vom 19. Mai 2011 - 1 WB 28.10 - Rn. 31). Das kommt insbesondere dann in Betracht, wenn ein übergangener Bewerber in der ursprünglichen Auswahlentscheidung nicht betrachtet worden ist und der Beschwerdebescheid deshalb *erstmalig* eine Auswahlentscheidung enthält und diese dokumentiert (BVerwG, Beschluss vom 19. Mai 2011 - 1 WB 28.10 - Rn. 30). Eine derartige Sachlage liegt hier indessen nicht vor. Vielmehr hat die Auswahlentscheidung des ...leiters ... im Bundesamt für das Personalmanagement vom 17. Februar 2015 eine entscheidungstragende Auswahlerwägung, die in einer ordnungsgemäßen Dokumentation vom zuständigen Entscheidungsträger gebilligt und bestätigt worden ist. Vor diesem Hintergrund könnte das Bundesministerium der Verteidigung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nur von dieser vorhandenen Dokumentation der entscheidungstragenden Auswahlerwägung ausgehen und auf deren Basis die Auswahlerwägung ergänzen oder präzisieren; es wäre jedoch nicht berechtigt, eine vollständige Nachholung oder Auswechslung der Auswahlerwägungen vorzunehmen (stRspr, z.B. BVerwG, Beschlüsse vom 16. Dezember 2008 - 1 WB 19.08 - BVerwGE 133, 13, Rn. 46 und vom 26. März 2015 - 1 WB 26.14 - Rn. 37). Das steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, der zufolge das vollständige Austauschen einer Auswahlbegründung in einem Widerspruchsbescheid unzulässig ist, weil auf diese Weise der Rechtsschutz des übergangenen Bewerbers in unzumutbarer Weise reduziert und erschwert wird (vgl. zuletzt: BVerfG, Kammerbeschluss vom 23. Juni 2015 - 2 BvR 161/15 - juris Rn. 39 m.w.N.). Vor diesem Hintergrund wäre also die Auswechslung der tragenden Auswahlerwägungen in einem noch zu erstellenden Beschwerdebescheid und die Einführung dieser neuen Auswahlerwägungen in das laufende Eilrechtsschutzverfahren nicht zulässig.

- 41 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 21 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 Satz 1 WBO. Der Beigeladene trägt seine außergerichtlichen Kosten selbst.

Dr. von Heimburg

Dr. Frenz

Dr. Langer